

**PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA:

**APELACIÓN**

**ROLLO SALA Nº** .....

**AUTOS JUZGADO Nº DE 2009**

**SENTENCIA**

**Nº 829**

En la ciudad de Palma de Mallorca a ocho de noviembre de dos mil once.

**ILMOS. SRS.**

**PRESIDENTE**

**D. Gabriel Fiol Gomila.**

**MAGISTRADOS.**

**D. Pablo Delfont Maza**

**D<sup>a</sup>. Carmen Frigola Castellón.**

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante, **D.** ....., representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Francisca



Más Tous, y asistido por la Letrada D<sup>a</sup> Amalia Roldán Brondo; y como apelada, la **Administración General del Estado**, representado y asistido por su Abogado.

Constituye el objeto del recurso la resolución de la Delegación del Gobierno, de 16 de octubre de 2009, por la que se imponía sanción de expulsión y prohibición de entrada en España durante cinco años por la comisión de infracción grave en materia de extranjería, consistente en estancia ilegal.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza, quien expresa el parecer de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia número 514 de 2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, en los autos seguidos por el procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación, desestimó el recurso y confirmó la expulsión.

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante, siendo admitido en ambos efectos.

**TERCERO.-** No se ha solicitado la práctica de prueba ni tramite de vista o conclusiones.

**CUARTO.-** Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 8 de noviembre de dos mil once.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El 4 de mayo de 2009 la Policía Nacional detuvo por estancia ilegal en España al aquí apelante, D. [REDACTED] nacido el [REDACTED] de

marzo de 1966 ciudadano de la Republica de Colombia y titular de pasaporte válido hasta el 18 de mayo de 2010.

La intervención de la policía se produce a raíz de denuncia de Sra. [redacted], nacida en Palma el [redacted] de septiembre de [redacted] y madre de [redacted] nacido en Palma el [redacted] de julio de [redacted], quien es hijo del primeramente citado, con el que la denunciante había convivido hasta un año antes.

La Sra. [redacted] denunciaba que el aquí apelante se encontraba bebido, que ella no le dejó ver a su hijo y que él profirió amenazas de muerte al decirle la denunciante que había quedado con un amigo para pasear, en concreto señalándole que mataría a su acompañante, "*porque tú todavía eres mía*".

El 5 de marzo de 2008 el aquí apelante y D<sup>a</sup> [redacted] nacida en [redacted] el [redacted] de [redacted] de 19[redacted] y con la que el [redacted] de [redacted] de [redacted] tuvo una hija en Palma, llamada [redacted], alquilaron conjuntamente una vivienda en Palma.

Así las cosas, el 5 de mayo de 2009 se inició procedimiento de expulsión por no acreditarse la permanencia en España del Sr. [redacted] en situación de estancia regular, es decir, por la comisión de infracción grave de estancia ilegal -artículo 53.a. de la Ley Orgánica 4/2000-, indicándose incluso entonces que no constaba que en momento cualquiera se le hubiera otorgado permiso alguno.

Pues bien, tras ser presentadas alegaciones el día 8 de mayo de 2009, el 9 de junio siguiente se formuló propuesta de resolución en la que por primera vez aparecía en las actuaciones administrativas, en lo que ahora puede interesar, que el Sr. [redacted] había sido detenido en tres ocasiones por malos tratos, que estuvo reclamado por un juzgado de Valencia y que igualmente había sido sancionado con multa en su día -22 de julio de 2008- por estancia ilegal, pesando orden de salida de España.

El Sr. [redacted] no pudo conocer esa propuesta de resolución ya que no le fue notificada.

Seis meses después, en concreto el 16 de octubre de 2009, el Delegado del Gobierno impuso la sanción de expulsión, en resumen, tomando en cuenta lo señalado por primera vez en la propuesta de resolución, pero arguyendo -sin

ninguna razón- que también habría sido por eso por lo que "...se procedió a iniciar el presente procedimiento.....".

Esa resolución, sin decirlo, igualmente contradice al acuerdo de iniciación, señalándose ahora, también por primera vez, que el : sí que había dispuesto de autorizaciones de trabajo y residencia, en concreto dos y consecutivas, entre el 12 de diciembre de 2001 y el 14 de abril de 2005.

Contra esa resolución se presentó recurso contencioso que la sentencia ahora apelada ha desestimado, en resumen, no por considerar que exista un dato negativo que sumar a la estancia ilegal, que no se cuestiona, sino por entender que, al no constar si pagó la multa y no teniendo ahora solvencia económica, en definitiva, "...le resultaría más fácil seguir infringiendo....".

**SEGUNDO.**-Al resolverse determinado recurso de casación -número 10355/2003- contra sentencia que había desestimado el recurso contencioso presentado frente a sanción de expulsión por estancia ilegal en España, sin que en esa resolución, ni tampoco en la sentencia, se hiciera mención ni a la concurrencia de dato negativo cualquiera ni a que para sancionar la estancia ilegal con expulsión tal dato fuera preciso, en definitiva, el Tribunal Supremo, Sección Quinta, en sentencia de 22 de febrero de 2007, desestimó el recurso de casación al considerar, primero, que para imponer la sanción de expulsión no bastaba la estancia ilegal sino que era preciso un dato negativo, esto es, que no bastaba con lo expresamente considerado en la resolución administrativa ni en la sentencia que la confirmó, objeto del recurso de casación; y, segundo, que constaba en el folio 2 del expediente de ese caso que, antes de la expulsión, en 2001, la Administración dictó una previa orden de salida obligatoria que el sancionado después con expulsión no cumplió en su momento, lo que el Tribunal Supremo en dicha sentencia, en la que se confirma la que era objeto del recurso de casación, considera como dato negativo de entidad que justifica la expulsión.

Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, lo que nos evita su cita, para que la estancia ilegal sea sancionable con la expulsión es preciso que esa estancia ilegal venga acompañada de un dato negativo de entidad, considerándose que lo son, entre otros posibles, desde luego, la condena penal o encontrarse indocumentado.

Con todo, para el concreto supuesto que aquí examinamos, independientemente de que deba o no operar en todo caso como dato negativo de entidad a efectos de imponer la sanción de expulsión, al fin, lo verdaderamente sustancial es que el previo incumplimiento de la obligación de salida ni fue comunicado al expedientado en su momento ni tampoco le fue ofrecido tramite de alegaciones tras la propuesta de resolución, es decir, una vez que ese dato debutó en el procedimiento administrativo.

Como es natural, sacrificado el derecho de defensa en el curso del procedimiento sancionador, en concreto al resolverse ese procedimiento sobre la base de dato que no fue presentado previamente al expedientado, en definitiva, la resolución incurre en vicio de nulidad de primer grado -artículo 62.1.a. de la ley 30/1992-.

Llegados a este punto, cumple la estimación de la apelación.

**TERCERO.-** Conforme a lo previsto en el artículo 139.2. de la Ley 29/1998, no procede imponer las costas causadas en la presente apelación.

En atención a lo expuesto.

### **FALLAMOS**

**PRIMERO.-** Estimamos el recurso de apelación presentado contra la sentencia número 514 de 2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 y la revocamos.

**SEGUNDO.-** Estimamos el recurso contencioso.

**TERCERO.-** Declaramos no ser conforme a derecho y nula la resolución recurrida.

**CUARTO.-** Sin costas.

Contra esta resolución no cabe recurso.



Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**-Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza que ha sido Ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.